

UniCeub – Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

TIAGO CARVALHO NUNES DE OLIVEIRA

A SUBSTITUIÇÃO DE PENA NO TRÁFICO DE DROGAS FACE A NOVA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Brasília – DF

2012

TIAGO CARVALHO NUNES DE OLIVEIRA

20779736

A SUBSTITUIÇÃO DE PENA NO TRÁFICO DE DROGAS FACE A NOVA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Monografia de conclusão de curso
apresentado como requisito para obtenção de
menção na disciplina Monografia III, do Curso de
Direito, do Centro Universitário de Brasília –
UniCeub.

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho.

Brasília – DF

2012

À minha família e exemplos de profissionais, Diana, Francisco e Natália, com todo carinho e gratidão, pelos anos de amor e incentivo ao longo da minha caminhada.

SUMÁRIO

Introdução	6
1 A criminalização do Tráfico de Substâncias Entorpecentes	9
1.1 Surgimento	9
1.2 Inovação legislativa	9
1.2.1 Lei 6.368/1976.....	9
1.2.2 Lei 10.409/2002.....	10
1.2.3 Lei 11.343/2006.....	11
2 Das penas Restritivas de Direitos	13
2.1 Da natureza das penas restritivas de direitos	13
2.2 Requisitos.....	16
2.2.1 Requisitos Objetivos.....	17
2.2.2 Requisitos Subjetivos	18
2.3 Modalidades das penas Restritivas de Direitos	19
2.3.1 Prestação pecuniária.....	20
2.3.2 Perda de bens e valores	21
2.3.3 Prestação de serviços à comunidade	22
2.3.4 Interdição temporária de direitos.....	24
2.3.5 Limitação dos finais de semana	25
2.3.6 Pena de Multa Substitutiva.....	25
2.4 Conversão das penas restritivas de direitos em privativas de liberdade	26
2.5 Aplicação das penas restritivas de direitos nos crimes hediondos	26
2.6 Aplicação das penas restritivas de direitos nos crimes militares	27
3 As penas restritivas de direitos no tráfico de drogas à luz do novo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal	28
3.1 Relatório do precedente jurídico HC 97.256/STF	28
3.2 Argumentos favoráveis à aplicação das penas restritivas de direitos no tráfico de drogas	36
3.2.1 Voto do Ministro Carlos Ayres Brito	36
3.2.2 Voto do ministro Ricardo Lewandowski	40
3.2.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes	41
3.2.4 Voto do Ministro Cesar Peluso.....	43
3.2.5 Voto do Ministro Celso de Mello.....	44

3.3 Argumentos desfavoráveis à aplicação das penas restritivas de direitos no tráfico de drogas.....	44
3.3.1 Voto do Ministro Carlos Joaquim Barbosa	44
3.2.2 Voto da Ministra Cármen Lúcia	49
3.3.3 Voto da Ministra Ellen Gracie.....	49
3.3.3 Voto do Ministro Marco Aurélio	50
Conclusão	52
Referências	55

INTRODUÇÃO

Em meio ao surgimento de um problema social de saúde pública na década de 70, com o objetivo de reprimir e responsabilizar aqueles que contribuíram para com a criação e difusão ilícita do tráfico de drogas, deu-se início por parte do Estado, a criação de um regimento legal que dispusesse sobre as reprimendas para aqueles que praticassem o conhecido popularmente como comércio ilícito de substâncias entorpecentes.

Passadas as inovações legislativas, passou-se a ser discutido, no âmbito do crime de tráfico de drogas, a possibilidade de ser aplicada ou não a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Isso pois, com a redação da nova lei de tóxicos, à saber, a Lei 11.343/2006, passou a ser prevista a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos na conduta referente ao tráfico de drogas. Tal fato, insta salientar, deu lastro a um crescimento exorbitante pela demanda, por parte dos condenados nos termos do tráfico de drogas, da tutela judicial no sentido de ser deferido o direito à conversão da pena mencionada.

Por essas razões, optou-se pelo estudo dos substitutos penais. Assim sendo, determinou-se que a presente pesquisa será realizada com o intuito de verificar se as penas restritivas de direitos podem, de fato, substituir as penas privativas de liberdade. Tal hipótese, entretanto, deverá ser verificada se, optando-se pela sua aplicação, se não caminha na contramão da legislação federal vigente e se não contraria as normas previstas na redação da Carta Magna de 1988.

Nesse sentido, o trabalho cuidará de elucidar o seguinte questionamento levantado por operadores do direito da área criminal, objetivando saciar seus anseios no que pertine ao seguinte tema: A vedação prevista na Lei 11.343/2006, qual seja, a impossibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tratando-se de condenados nos termos da lei mencionada, viola ou não a garantia constitucionalmente prevista da individualização das penas por parte dos magistrados?

O estudo tentará, ainda, comprovar que, não raras vezes, o legislador pátrio, embora não o faça de forma consciente, pune infratores que praticam condutas com o mesmo grau de reprovabilidade para a sociedade e os pune de forma distinta, de

modo a se afastar dos preceitos constitucionais referentes à aplicação e fixação das penas.

Tem-se por objetivo, então, o estudo e análise da vedação estabelecida pela Lei 11.343/2006, no que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, frente às novas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Visando a construção de um raciocínio lógico e concatenado acerca dos objetivos específicos buscados, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos diferentes, conforme seguirá abaixo descrito e exposto.

No primeiro capítulo, realiza-se um breve estudo acerca da historicidade do assunto bem como das mudanças na legislação acerca do tráfico de drogas. Dessa forma, inicialmente, será estudada a evolução legislativa referente à conduta do tráfico de substâncias entorpecentes, estritamente no que diz respeito aos fatos históricos, como já anteriormente mencionados, pois é através da legislação que serão analisadas as possibilidades as quais o magistrado do juízo competente poderá se valer, quando da construção da sentença penal condenatória, especificamente no que concerne à aplicação ou não da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

No segundo capítulo, adentra-se no âmbito das penas restritivas de direito, onde serão estudadas, também, a aplicação e execução das penas restritivas de direitos em sua esfera ampla, quais sejam, a aplicação em sentença penal condenatória de prestação de serviços à comunidade, decretação de perda de bens e valores, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos, limitação de finais de semana e recolhimento domiciliar. Cada modalidade será analisada de modo específico, na tentativa de decifrar se há, dentre as modalidades previstas, alguma aplicável de modo satisfatório à vontade da sociedade em penalizar os agentes condenados nos termos da conduta delituosa do tráfico de drogas, uma vez que nem todas as modalidades citadas constituem, de fato, penas restritivas de direito em sentido estrito, sendo que algumas delas, como restará demonstrado, mais tem a finalidade de restringir a própria liberdade de locomoção do acusado do que de lhe tolher qualquer de seus direitos.

No terceiro capítulo, muito embora o estudo analítico das penas restritivas de direito retro mencionadas seja de grande valia e de extrema importância para a

construção concatenada dos argumentos expostos no trabalho, será abordado como foco da pesquisa o entendimento jurisprudencial construído acerca do assunto em análise. Aqui serão analisados os argumentos jurídicos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Habeas Corpus 97.256, que ao tratar da hipótese levantada, acabou por criar o precedente jurídico do Poder Judiciário acerca dos substitutos penais acerca do tráfico de drogas.

Como poderá ser observado, a monografia terá recorte específico relacionado a possibilidade ou não, do Poder Judiciário, quando provocado, substituir ou não, ao término da persecução criminal, as penas que restringem a liberdade dos acusados por penas que restringem um ou mais de seus direitos.

Com efeito, será realizado um estudo de caso acerca do Habeas Corpus número 97.256, do Supremo Tribunal Federal, tendo o como a fonte principal da análise de argumentos obtidos para a conclusão do trabalho.

Por fim, cabe mencionar o critério de escolha da referida fonte, que se baseou no fato de o mesmo ser o precedente jurídico utilizado na aplicação do tema em análise.

1 A criminalização do Tráfico de Substâncias Entorpecentes.

1.1 Surgimento do Tráfico de drogas.

Em meio ao surgimento de um problema social de saúde pública na década de 70, com o objetivo de penalizar os responsáveis pelo problema, deu-se início a criação de um regimento legal que dispusesse sobre as reprimendas para aqueles que praticassem o conhecido popular comércio ilícito de substâncias entorpecentes.

No Brasil, o tráfico de drogas passou a ser recepcionado pela legislação penal com início no Regulamento de 29 de setembro de 1851, que passou a estipular políticas sanitárias e regulamentar a venda de substâncias medicinais e de medicamentos.¹

Posteriormente, houve a promulgação do Código Penal de 1890, tendo criminalizado a conduta de expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários.²

Em 1911, em razão da grande difusão de ópio e cocaína, o Brasil passa a dar passos largos em um processo de combate, fiscalização e controle do tráfico de substâncias entorpecentes. Tal processo foi decorrente de um compromisso firmado em Haia, na mesma época mencionada.³

1.2 Inovação legislativa.

1.2.1 Lei 6.368/1976.

Após a promulgação de alguns decretos, regulamentos e decretos-leis, em 21 de outubro de 1976, foi promulgada a Lei n.º 6368. Tal dispositivo situa-se como o primeiro marco legislativo importante no tocante à tipificação das condutas relacionadas diretamente ao comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

¹ Adriano Alves dos Santos. Lei de drogas - Evolução histórica e legislativa no Brasil: As principais leis no Brasil relacionadas as drogas e a evolução até a lei 11.343/2006. Out. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818>. Acesso em: 25 mar. 2012.

² Adriano Alves dos Santos. Lei de drogas - Evolução histórica e legislativa no Brasil: As principais leis no Brasil relacionadas as drogas e a evolução até a lei 11.343/2006. Out. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818>. Acesso em: 25 mar. 2012.

³ Adriano Alves dos Santos. Lei de drogas - Evolução histórica e legislativa no Brasil: As principais leis no Brasil relacionadas as drogas e a evolução até a lei 11.343/2006. Out. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818>. Acesso em: 25 mar. 2012.

Na redação da referida lei, aquele que sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, importasse, exportasse, remetesse, preparasse, produzisse, fabricasse, adquirisse, vendesse, expusesse á venda, oferecesse, ainda que gratuitamente, tivesse em depósito, transportasse, trouxesse consigo, guardasse, prescrevesse, ministrasse ou entregasse, de qualquer forma, à consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica passaria a estar incurso nas penas do tráfico de drogas.⁴

O dispositivo estipulou uma elevada quantidade de pena para os condenados nos termos do art.12 da lei, podendo o magistrado, naquela época, fixar a pena no valor de 03 (três) anos até 15 (quinze) anos de reclusão.⁵

1.2.2 Lei 10.409/2002.

Em 11 de janeiro de 2002, foi sancionada a Lei n.º 10.409. Marcada pela fragilidade legislativa, a lei foi sancionada com 35 (trinta e cinco) artigos do Congresso Nacional vetados pela Presidência da República, e naturalmente, não prosperou, eis que perdeu o seu objeto, tendo passado a reger somente questões processuais relativas aos delitos ligados ao comércio de substâncias entorpecentes.⁶

Em verdade, o certo é que o referido dispositivo é tido como um fracasso no curso de mudanças da legislação acerca do tráfico de substâncias entorpecentes, uma vez que o legislador falhou através de omissão, quando deixou de trazer soluções para os casos jurídicos-penais e processuais relativos a prevenção e repressão do uso e tráfico de drogas. Lado outro, passou a causar diversos problemas de interpretação.⁷

4 BRASIL. Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

5 BRASIL. Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

6 GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. O fracasso da Lei nº 10.409/02. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4998>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

7 GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. O fracasso da Lei nº 10.409/02. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4998>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

1.2.3 Lei 11.343/2006.

Por fim, entrou em vigor em 26 de agosto de 2006, a Lei n.º 11.343, sendo a regência usada atualmente para tratar as questões referentes ao delito em tela nesse estudo. Naturalmente, ao término de sua vacância, o dispositivo atual revogou expressamente as leis explicitadas usadas, deixando de ter validade tanto a Lei 6.368/1976 bem como a Lei 10.409/2002.

Com o advento da nova Lei, vários assuntos controversos passaram a ser discutidos pela comunidade jurídica. Se tornaram alvos desses debates questões como a fixação do regime mais gravoso e a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito.⁸

Passadas as inovações legislativas, atualmente o tráfico de drogas é punido nos termos do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, lei essa que, ressalte-se, foi criada no meio de um contexto em que as substâncias entorpecentes fazem parte do cotidiano de boa parte da população, principalmente da juventude, onde o tráfico seria a principal fonte de subsídio para o crime organizado.⁹

Posteriormente, devido ao grande mal evidente que o crime passou a causar à sociedade, o tráfico de drogas passou a ser considerado uma conduta equiparada às hediondas, sendo um dos principais problemas que o Brasil passou a enfrentar hodiernamente, razão pela qual tratou a Constituição de 1988 de diferenciar esses crimes mais graves.¹⁰

Nesse toar, é fato que, apesar de realmente ser um crime muito grave e de atingir diretamente nossa sociedade, a vontade do legislador em punir com maior rigor concretizado na referida lei foi abstrata e indiscriminada, punindo o indivíduo de forma rigorosa e restringindo vários benefícios que um acusado ou apenado poderia vir a usufruir durante uma persecução penal ou período de cumprimento da pena.¹¹

Nessa esteira, tendo passado a tratar todos os agentes de forma equivalente, acabou que o legislador se sobrepôs à figura do magistrado em algumas

8 FREITAS, Jayme Walmer de. Aspectos penal e processual penal da novíssima Lei Antitóxicos. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 216. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1752>> Acesso em: 25 mar. 2012.

9 CAROLLO, João Carlos. Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9213>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

10 BRASIL. Constituição Federativa da República do Brasil de 1988.

11 BIZZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andréia de Brito. Nova Lei de Drogas : Comentários à Lei n. 11.343/2006. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007. P. IX (prefácio)

circunstâncias, onde deixou de vislumbrar o princípio da individualização da pena, este consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, que consiste em analisar o caso em concreto e aplicar a dosimetria adequada, sendo que somente a partir daí poderão ser vedados alguns ditos benefícios.¹²

12 GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. P. 8

2 Das penas Restritivas de Direitos.

2.1 Da natureza das penas restritivas de direitos.

No que pertine ao estudo da substituição das penas, necessário se faz realizar uma análise das penas denominadas restritivas de direitos.

Historicamente definindo, as penas restritivas de direitos encontram suas origens na Rússia, em 1926, quando o Código Penal soviético passou a prever como penas a prestação de serviços à comunidade. Outros modelos de penas restritivas de direito foram surgindo no continente Europeu, na ordem sucessiva, na Alemanha, Inglaterra, Bélgica, Principado de Mônaco e por fim, novamente pela Inglaterra, onde logrou-se bastante êxito na aplicação do trabalho comunitário no caso Community Service Order. Por sua vez, Austrália, Luxemburgo, Canadá, Dinamarca, Portugal, França e Brasil, passaram a ser influenciados pelas mudanças ocorridas na legislação daqueles primeiramente citados.¹³

Nesse toar, penas restritivas de direitos são aquelas que integram o rol do artigo 43 do Código Penal, que trata das penas alternativas. Necessário se faz mencionar que a redação do referido artigo, embora seja intitulado de Das Penas Restritivas de Direito, tal redação é considerada tecnicamente errada, uma vez que o dispositivo também elenca penas restritivas de liberdade.¹⁴

No sistema penal contemporâneo, muito se discorre sobre uma possível falência das penas de prisão. São vários os motivos. Para a doutrina majoritária, a privação da liberdade não combate a delinquência e acaba por a estimular. As penas de prisão são isentas de benefícios ao condenado, lado outro, proporciona a estes diversos vícios e degradações morais.¹⁵

Para Bittencourt, não obstante a pena privativa de liberdade seja tida como um divisor de águas na humanização da sanção criminal, o certo é que ela não obteve sucesso no seu objetivo. Diante desse fracasso é que surge a sede de uma reformulação do sistema penal, sendo cogitado a aplicação de penas privativas de

13 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 550

14 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 574

15 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 2. Ed : São Paulo: Saraiva, 2001. P. 157

liberdade curtas bem como a cogitação da substituição dessas penas por medidas mais recomendadas.¹⁶

Por outro lado, a aplicação das penas restritivas de direitos encontra certo óbice quando se trata da sua aplicação em favor de indivíduos que ofereçam alta periculosidade. Naturalmente, tais penas foram previamente elaboradas com o intuito de beneficiar aqueles que não ofereçam risco à sociedade, de modo que a aplicação das penas restritivas de direitos não irá sanar o problema referente a superlotação carcerária, tendo em vista que a parte predominante dos detentos cumprem reprimendas de elevado valor e via de regra são os mais perigosos.¹⁷

Nesse sentido, há de se levar em consideração que, muito embora os réus sejam penalizados com um *shock* intimidativo em razão da possibilidade de se sujeitarem ao cárcere e seus efeitos, por outro lado, pode-se dizer que os efeitos de um *shock* psicossocial, e não intimidativo, por vezes fará com que os acusados sejam penalizados de forma desqualificante e desmoralizante perante o meio social em que integram, sendo não raras vezes impossível restaurar o antigo *status quo* o qual o agente ostentava.¹⁸

Há quem defenda o outro lado, aduzindo que as penas privativas de liberdade sejam penas naturalmente retributivas, sendo esta a sua característica final, todavia, tal retribuição em nada segue a razão das penas. Do contrário, a excepcionalidade do ingresso no cárcere constitui um meio pelo qual, através de um projeto político e econômico vislumbra-se eliminar a criminalidade bagatelar e a descriminalização de condutas que não ofendem os verdadeiros valores gerais que legitimam a tutela.¹⁹

O certo e extremo é que, com o surgimento e aplicação das medidas alternativas, se não forem criados pelo Estado mecanismos que possam dar ensejo ao cumprimento das referidas medidas, correrá o risco de tais medidas sofrerem o mesmo efeito de que hoje sofre a pena privativa de liberdade, é dizer, a desmoralização de sua aplicação.

16 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 549

17 MIRABETE, Renato Fabbrini. Manual de Direito Penal, volume 1 : parte geral, arts. 1 a 120 do CP. 27. Ed. – São Paulo : Atlas, 2011. P. 258

18 COSTA, Álvaro Mayrink. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 316

19 COSTA, Álvaro Mayrink. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 317

Para Capez, as penas alternativas tem como escopo os seguintes objetivos: diminuição da superlotação do sistema carcerário, bem como a redução das despesas estatais com esse setor, a promoção da ressocialização do agente criminoso, de modo a evitar que este seja estigmatizado, a redução dos índices de reincidência e preservar os interesses da vítima.²⁰

As penas restritivas de direitos podem ser classificadas em três categorias, tais quais, penas institucionais, semi-institucionais e não institucionais. Por institucionais, compreendem-se as penas que são cumpridas em estabelecimentos criados com função específica para essa finalidade. É o caso dos complexos penitenciários. Já as penas inclusas na categoria semi-institucional, pode-se dizer que são aquelas que serão cumpridas em parte nos estabelecimentos retro mencionados. Por sua vez, as não-institucionais, naturalmente, são aquelas que não são cumpridas em nenhum momento no interior dos estabelecimentos mencionados. Nesse último caso não há restrição da liberdade de ir e vir do agente condenado.²¹

As penas restritivas de direitos também são denominadas como substitutos penais ou alternativas penais. Tais penas evitam com que o condenado seja submetido à penas privativas de liberdade, ocasião em que estará sujeito aos efeitos colaterais do cárcere. Podem ser aplicadas na fase da persecução criminal (antes do julgamento), na sentença penal condenatória e também na fase de execução das penas.²²

As penas restritivas de direitos são autônomas, substitutivas e de execução condicional.²³

São substitutivas pois, optando pela aplicação dessa modalidade de pena, o magistrado deverá, inicialmente, fixar a pena privativa de liberdade e ao término da sentença, deverá substituí-la pela pena restritiva de direito escolhida.²⁴

20 CAPEZ, Fernando. Curso de direito Penal, volume 1, parte geral. – 14. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 428

21 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 573

22 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 574

23 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 576

24 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 576

São também autônomas, devendo serem aplicadas de forma isolada. Não há como coexistir uma pena privativa de liberdade somada à uma pena restritiva de direito²⁵

Por fim, o agente condenado deve se ater as condições impostas pela sentença condenatória, que serão reguladas pelo Poder Judiciário, uma vez que, em caso de descumprimento das condições fixadas, a pena restritiva de direito será convertida em pena privativa de liberdade, consoante a redação do artigo 44, parágrafo 4, do Código Penal.²⁶

Deve-se considerar, ainda, que a pena restritiva de direito terá duração adstrita ao *quantum* de pena privativa de liberdade o qual o agente seria submetido.²⁷

2.2 Requisitos.

Para serem aplicadas pelo magistrado quando no momento da fixação das penas em sentença penal condenatória, o réu deve preencher todos os requisitos previstos expressamente em lei. Carecendo algum requisito, não há como aplicar qualquer pena restritiva de direito, levando-se em consideração que o legislador elencou condições de natureza cumulativa e dependente para a aplicação desse tipo específico de pena.²⁸

Tais requisitos podem ser classificados como de ordem objetiva e subjetiva. Entre as de caráter objetivo, citam-se as condições relativas à natureza do crime, à forma de execução e a quantidade da pena. Na segunda categoria, encontram-se as relativas a culpabilidade e circunstâncias judiciais.²⁹

Segundo o Código Penal, são condições essenciais para a fixação das penas restritivas de direitos: quando a pena aplicada não for superior à 04 (quatro) anos de reclusão e a conduta não tiver sido praticada com violência ou grave ameaça à

25 MANSSON, Cléber Rogério. Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol. 1. 3. Ed. Rev. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2010. P. 649

26 MANSSON, Cléber Rogério. Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol. 1. 3. Ed. Rev. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2010. P. 649

27 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 554

28 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 577

29 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 577

pessoa, quando o réu não for reincidente em crime doloso, quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição seja uma medida suficiente.³⁰

2.2.1 Requisitos Objetivos.

Nesse sentido, não pode o agente ter sido condenado por conduta praticada com violência ou grave ameaça à pessoa. Sobre a violência, têm-se que ainda que a praticada seja a do tipo imprópria, isto é, quando não há aplicação de força física, ainda assim não é possível aplicar a pena restritiva de direito, uma vez que existem hipóteses em que o agente reduz a capacidade de resistência da vítima de outras formas.³¹

Na esfera das infrações de menor potencial ofensivo, a doutrina dominante preceitua que, levando-se em consideração que nesses casos admite-se inclusive a composição de danos civis e a transação penal, não é razoável aceitar que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos sejam vedadas.³²

Sobre a condição relativa à condenação com *quantum* de pena inferior ou igual a 04 (quatro) anos, já há entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça de que, em casos em que ocorram concurso de crimes, a substituição somente se fará possível quando da cumulação das penas de todos os crimes não ultrapassarem o limite retro mencionado.³³

A natureza do crime também é circunstancia que deve ser levada objetivamente em consideração para aplicação ou não da substituição da pena. Dessa forma, crimes que forem praticados de forma dolosa, como exposto, poderão

30 BRASIL. Lei nº 9.714, de 1998. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

31 MANSSON, Cléber Rogério. Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol. 1. 3. Ed. Rev. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2010. P 650

32 MANSSON, Cléber Rogério. Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol. 1. 3. Ed. Rev. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2010. P. 651

33 HC 90.631/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5. Turma, j. 21.02.2008

eventualmente ser alcançados pelo benefício da substituição caso preencham os demais requisitos previstos em lei. Por outro lado, se a conduta for de natureza culposa, não há o que ser debatido acerca de *quantum* de pena, uma vez que qualquer que seja a pena aplicada, nesse caso, poderá ser substituída. Frise-se que as condutas culposas foram claramente menos reprováveis pelo legislador, fator esse que dá sustento a aplicabilidade da substituição nesses casos.³⁴

Por fim, é condição *sine qua non* verificar a modalidade de execução da conduta praticada para quando da aplicação da substituição de pena.

Nesse sentido, não pode o agente criminoso valer-se de violência ou grave ameaça à vítima quando da prática do delito. Aqui, cuida-se de reprová-lo especificamente o desvalor da ação, e não do resultado.³⁵

Por razões lógicas, a violência praticada contra as coisas, leia-se, bens inanimados, não podem ser considerada causa elementar para obstar a concessão da substituição da pena.³⁶

2.2.2 Requisitos subjetivos .

Damásio entende que, no que pertine a reincidência, tratou o legislador de se referir a reincidência em crime doloso, sendo que não há vedação à fixação de penas restritivas de direitos quando o condenado ostentar condenação referente a crime culposos, quando o crime anterior é culposos e posterior ao doloso e quando o doloso é anterior e o posterior é culposos. Tratando-se de condenações derivadas de crimes preterdolosos, há, todavia, vedação, uma vez que nessa circunstância o *primum delictum* é de origem dolosa.³⁷

Deve-se levar em consideração, ainda, que a reincidência deve ser de origem específica, sendo certo que analisando o caso concreto e sendo constatado que a

34 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 558 e 559

35 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 558

36 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 558

37 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 578

aplicação da pena alternativa seja recomendável, não há porque considerar a reincidência genérica como um óbice à aplicação das penas restritivas de direito.³⁸

Para ser aplicada, a pena restritiva de direito deve ainda ser socialmente recomendável. Tal requisito está sujeito à discricionariedade do magistrado, que analisará minuciosamente as condições do caso concreto, obrigatoriamente levando em consideração as circunstâncias do delito e principalmente os dados pessoais do condenado.³⁹

Sob a prognose da suficiência da substituição, é necessário que o Poder Judiciário tenha, nas palavras de Jescheck, certa prudência⁴⁰, no momento de analisar se a substituição é medida socialmente recomendável ou não. Não é outra a razão dessa prudência, se não o objetivo de evitar excessos na aplicação da substituição, de modo a causar sérios riscos e transtornos à sociedade que estiver sujeita a tais excessos.⁴¹

2.3 Modalidades das penas Restritivas de Direitos.

Tendo em vista que as penas restritivas de direitos possuem pesos retributivos distintos, vislumbra-se nesse estudo a necessidade de analisar as modalidades de penas restritivas de direitos acolhidas pelo ordenamento jurídico penal brasileiro.

É através desse estudo que poderá ser feita uma análise posterior e eventual, levantando-se a questão de que, caso tais penas possam ser aplicáveis, quais modalidades podem e devem ser utilizadas no momento da realização da substituição da pena quando da confecção da sentença pelo magistrado criminal.

Como mencionado, as penas restritivas de direitos tem pesos retributivos distintos, razão pela qual, no caso em tela, devem ser levadas em consideração os tipos de penas restritivas que possam efetivamente cumprir o papel de pena, sem contudo, constituir-se em tábua rasa da lei penal.

38 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 578

39 MANSSON, Cléber Rogério. Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol. 1. 3. Ed. Rev. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2010. P 652

40 JESCHECK, Tratado, cit., p. 1155

41 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal : parte geral 1. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010. P. 560

2.3.1 Prestação Pecuniária.

Trata-se de uma espécie em que a penalidade tem como intuito o de reparar o dano causado pela conduta criminosa praticada. Nessa modalidade, o agente condenado deverá pagar à vítima, seus descendentes ou na falta, à entidades públicas ou privadas com destinação social a quantia fixada na sentença penal condenatória, que não poderá ser inferior ao salário mínimo vigente nem superior ao montante de 360 (trezentos e sessenta) destes.⁴²

Na redação do Código Penal, tal reparação deverá ser diminuída do montante de eventual condenação na esfera cível, se tiver como beneficiários os mesmos agentes.⁴³ Não obstante, nos ensinamentos de Bittencourt, houve certa infelicidade do legislador quando da estipulação da condição do direito de compensar o montante pago a título de prestação pecuniária tão somente quando presente uma condenação oriunda de ação indenizatória cível, omitindo, nesse caso, a melhor saída, qual seja a composição.⁴⁴

No que concerne à referida composição, há de se discutir, ainda, se será possível compensar eventual condenação cível no *quantum* da pena de prestação pecuniária, tendo esta natureza reparatória. Para doutrina atual, a prestação pecuniária pode ser traduzida como o adiantamento de uma indenização cível. Na prática, podemos aduzir que isso levará a casos em que, por exemplo, a vítima não fica satisfeita com o montante pago pelo agente em decorrência da sentença penal condenatória e ir buscar satisfazer seus anseios na esfera cível.⁴⁵

Tal composição, embora seja afetada pela esfera cível, não padece de qualquer tipo de constitucionalidade, uma vez que há disposição expressa na Constituição Federal de 1988. Têm-se, então, que a prestação de pecúnia nada mais é que uma junção da pena de multa e perda de bens e valores, sem prejuízo do princípio da legalidade.⁴⁶

42 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 323

43 BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

44 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.323

45 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.324

46 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal, volume 1 : parte geral, arts. 1 a 120 do CP. 27. Ed. – São Paulo : Atlas, 2011. P. 258 e 257

Por certo, a prestação de pecuniária mais é tida como uma indenização civil com traje de sanção penal do que uma pena restritiva de direito propriamente dita.⁴⁷

Necessário destacar que, o não pagamento da prestação pecuniária, muito embora a lei penal trate de casos em que a pena restritiva de direito será convertida em privativa de liberdade, nesse caso específico, não é cabível.⁴⁸

A aplicação da prestação pecuniária não é aceita quando se trata de crimes cometidos referentes à violência doméstica e familiar e tampouco aos referentes à mulher, consoante o texto da Lei n. 11.340, de 7-8-2006, artigo 17.⁴⁹

2.3.2 Perda de bens e valores.

Outra espécie de pena restritiva de direito prevista em nosso ordenamento jurídico concerne na perda de bens e valores por parte do agente condenado. Tal hipótese esta prevista no Artigo 5, XLVI, alínea B, da Constituição Federal de 1988 e no Artigo 45, parágrafo terceiro, do Código Penal.

A perda de bens e valores se dará em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Poderá ser dada até o limite do prejuízo causado pela conduta criminosa praticada ou até o limite da vantagem obtida pelo agente e/ou terceiros que eventualmente tenham se beneficiado em razão da mesma conduta criminosa.⁵⁰

Os bens e valores deverão ser interpretados como sendo aqueles que ostentam qualquer valor ligado ao interesse econômico. O perdimento de bens e valores é distinto ao confisco dos instrumentos utilizados e dos produtos do crime. Tanto é, que tratou o legislador de elencar e diferenciar as hipóteses em que ocorre a perda dos bens e valores, conforme a redação do artigo 45 do Código Penal.⁵¹

Se isso é verdade, não se pode, de fato, confundir perdimento de bens e valores com o confisco de instrumentos utilizados na prática da conduta criminosa e seus produtos como efeito da condenação, uma vez que a perda de bens e valores,

47 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.324

48 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.324

49 MIRABETE, Renato Fabbrini. Manual de Direito Penal, volume 1 : parte geral, arts. 1 a 120 do CP. 27. Ed. – São Paulo : Atlas, 2011. P. 259

50 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 326

51 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.326

no último caso, tem previsão constitucional e tem efeito compensatório para com o crime o qual foi praticado.⁵²

Fixada a perda de bens e valores em detrimento do Fundo Penitenciário Nacional, expedir-se-á guia de recolhimento, que será destinada à Vara das Execuções Penais para futura execução do título judicial. Naturalmente, é necessário aguardar o trânsito em julgado.⁵³

2.3.3 Prestação de serviços à comunidade.

Outra hipótese de cumprimento de penas restritivas de direito está relacionada a prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas.

Tao modalidade teve origem na Inglaterra através da Community Service Order, o qual produziu um relatório nominado Wooton, em 1970, referente às non-custodial and semi-custodial penalties.⁵⁴

Nessa espécie, o agente condenado fica sujeito a obrigação de se recolher a entidade pública ou particular para cumprir uma tarifa-hora que lhe será imputada. Naturalmente, terá a sua liberdade individual tolhida durante esse determinado período.⁵⁵

Na pratica, o magistrado do juízo da Vara das Execuções analisará o caso concreto e determinará a intimação do condenado para prestar um determinado serviço, qual seja, a realização de uma tarefa gratuita junto às entidades, hospitais, orfanatos e estabelecimentos congêneres ou em programas comunitários ou estatais.⁵⁶

Dessa forma, a ressocialização do condenado penalmente não é responsabilidade que pode ficar inteiramente a cargo do Estado, devendo a comunidade participar no processo citado de modo a elaborar e praticar ações,

52 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.327

53 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 328

54 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P.328

55 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 328.

56 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 328

medidas e atitudes que alcancem aquela finalidade, sendo indubitável que a sociedade é indispensável para com o êxito desse processo.⁵⁷

Corroborando com essa linha de raciocínio, Miguel Reale Júnior nos ensina que, as forças sociais organizadas que tem expressão legítima do querer popular, devem ser reconhecidas pelo Estado Democrático de Direito, a fim de exercer um papel de contrapeso face ao centralismo político, monolítico e opressor.⁵⁸

A prestação de serviços à comunidade será regulada pela redação do artigo 46 do Código Penal, onde a tarefa não poderá prejudicar a jornada de trabalho do agente. Os trabalhos serão fiscalizados pelas entidades beneficiadas e estas ficam responsáveis por elaborarem relatórios mensais acerca do cumprimento do trabalho por parte do condenado, aduzindo se foi praticada alguma falta disciplinar ou mesmo se o condenado foi ausente, sob pena de sofrer os efeitos da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, consoante o Artigo 181, da Lei de Execução Penal.⁵⁹

Tratando-se da conduta delituosa prevista no artigo 33, da Lei 11.343/2006, a prestação de serviços a comunidade será cumprida em estabelecimentos que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas⁶⁰

As prestações de serviços a comunidade estão limitadas ao seu cumprimento integral em casos que a fixação do seu *quantum* se dá entre 06 (seis) meses à 01 (um) ano de reclusão, não podendo serem cumpridas em lapso temporal inferior. A doutrina, todavia, caminha em sentido diversos, aduzindo que o *quantum* fixado é irrelevante, sendo sempre possível e facultado ao condenado cumprir a prestação em lapso temporal inferior ao estipulado.⁶¹

57 SOUZA, Moacyr Benedicto de Cf. A participação da comunidade no tratamento do delinquente. RT 583/303

58 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 328

59 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 328

60 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 329

61 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 329

2.3.4 Interdição temporária de direitos.

A interdição temporária de direitos é uma modalidade específica de pena restritiva de direitos destinada aos agentes que forem condenados em razão de conduta criminosa cometida no exercício da profissão, atividade, ofício, cargo ou função, quando houver descumprimento dos deveres que lhes são de obrigação.⁶²

De acordo com Jescheck, *verbis*, a inabilitação prevista, como pena principal, na modalidade da proibição de exercer uma profissão ou como privação de direitos e faculdades, representa uma alternativa em relação à privativa de liberdade e à pecuniária.⁶³

Sendo uma pena restritiva de direitos, a interdição de direitos está vinculada aos pressupostos legais, não podendo retroagir e sem prejuízo da obrigatoriedade de o magistrado quando da elaboração da sentença penal condenatória, promover a individualização da pena, sempre devendo levar em consideração as condições pessoais do agente condenado.

Naturalmente, os documentos e autorizações que permitem que o condenado pratique determinada atividade serão apreendidos por determinação do juízo competente, que informará ao órgão da administração pública a qual estiver vinculada a tais documentos.⁶⁴

Nesse sentido, as espécies de interdição de direitos podem ser, conforme a seguir demonstrado, de proibição de exercício de cargo público, função ou atividade, bem como mandato eletivo, de proibição do exercício de atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público e de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.⁶⁵

Há de se diferenciar, contudo, cargo público de função pública. Nos ensinamentos de Hely Lopes Meireles, *verbis*:

“Cargo público é o lugar instituído na organização do funcionalismo publico que possui denominação própria, atribuições específicas e estipendio correspondente, para ser provido e exercido por um titular,

62 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 331

63 JESCHECK. Rasgos Fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal, in La Reforma del Derecho Penal, Barcelona, 1980, 19.

64 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 333

65 BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

na forma da lei, ao passo que função pública é a atribuição ou conjunto de atribuições que a administração confere a cada categoria profissional, ou comente individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.”⁶⁶

Já por atividade pública, pode-se entender como sendo aquela em que é desenvolvida em prol do Estado e está sujeita à nomeação, escolha ou designação do Poder Público, seja essa atividade remunerada ou não.⁶⁷

2.3.5 Limitação de fim de semana.

A limitação do final de semana constitui uma das espécies de penas restritivas de direito contida no rol do artigo 43, do Código Penal. Entretanto, nesse tipo específico a pena, embora seja tida como restritiva de direito, constitui, na verdade, uma pena privativa de liberdade.⁶⁸

Assim, poderá ser imposta ao condenado uma limitação dos sábados e domingos pelo período de 05 (cinco) horas, que deverá ser cumprida em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Há ainda a possibilidade de serem ofertados cursos e palestras.⁶⁹

Como é sabido, não pode o condenado penalmente sofrer os efeitos da falta de estrutura física do Estado quando do cumprimento de sua pena. Isto é, não poderá cumprir mais pena mais gravosa aquela que lhe foi imputada, razão pela qual, nesse caso específico, deverá o magistrado conceder o *sursis*.⁷⁰

2.3.6 Pena de Multa Substitutiva.

A pena de multa é outra hipótese em que, apesar de integrar, dentre outras medidas restritivas de direitos, tem como natureza jurídica uma pena pecuniária.

Poderá ser imposta quando o agente for condenado à pena igual ou superior a um ano, circunstância em que a pena poderá ser substituída por uma multa ou por uma medida restritiva de direito. Excedendo o *quantum* retro mencionado, poderá

⁶⁶ MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo. P. 389.

⁶⁷ COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 333

⁶⁸ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. P. 171

⁶⁹ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. P. 172

⁷⁰ ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. P. 172

ser substituída por multa e uma pena restritiva de direito ou por duas penas restritivas de direitos.⁷¹

2.4 Conversão da pena alternativa em restritiva de liberdade.

As penas restritivas de direitos podem ou não serem convertidas em privativa de liberdade. É o caso do descumprimento das condições impostas na sentença penal condenatória, hipótese em que será obrigatoriamente convertida. Existe, todavia, a possibilidade da conversão ser facultativa.⁷²

Na conversão obrigatória, há uma quebra do cumprimento da medida restritiva imposta de forma injustificada ou há vedação à aplicação da pena em virtude de uma condenação penal superveniente, conforme prevê o Código Penal.⁷³

Noutro giro, na conversão facultativa ocorre o não cumprimento de forma justificada da medida restritiva imposta ou possibilidade de ser aplicada uma medida restritiva ainda que sobrevenha condenação posterior (à depender da conduta praticada). Nesse caso, ficará a conversão sujeita à discricionariedade do magistrado, que poderá converter a pena privativa de liberdade em restritivas de direitos ou não. A título de exemplificação, o descumprimento da medida restritiva em razão de problemas de saúde pode ser considerado como justificado.⁷⁴

2.5 Penas restritivas de direitos nos crimes hediondos.

Tratando-se da aplicação de penas restritivas de direitos em casos de agentes condenados em razão dos crimes ditos como hediondos, a legislação e jurisprudência brasileira tem sido renovada ao decorrer do tempo.

É que a Lei 8.072/90 estabelecia o regime de cumprimento inicial de pena para as referidas condutas como sendo obrigatoriamente o fechado, razão pela qual,

71 COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: volume 3 – parte geral. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007. P. 174

72 JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, volume 1 : parte geral. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 579

73 ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. P. 174

74 ISHIDA, Valter Kenji. Curso de Direito Penal. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010. P. 174

por lógica, não seria possível aplicar nesses casos a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.⁷⁵

Passou-se, então, a ser firmado no Supremo Tribunal Federal entendimento diverso ao supra citado. Definiu o Supremo que, não há o que se falar em vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito em razão da do regime fechado fixado em lei.⁷⁶

No mesmo sentido do entendimento da Corte Federal, Damásio segue o raciocínio aduzindo que para serem aplicadas nesse caso específico, qual seja, o dos delitos hediondos, basta que os condenados preencham os requisitos previstos em lei, uma vez que a Carta Magna não tratou de impor determinado tipo de reprimenda para essa espécie de crime. É diante disso que, carecendo o embasamento constitucional, nada há do que se falar em vedação da substituição nesses casos.⁷⁷

Sobreveio, então, nova legislação regulando as condutas previstas na Lei 8.072/90, dessa vez, substituindo o termo obrigatoriamente por inicialmente, sendo aquele o óbice levantado não raras vezes para fundamentar a vedação da substituição da pena.⁷⁸

2.6 Penas restritivas de direitos nos crimes militares.

Não se admite a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos na hipótese de crimes militares, consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou que não é possível aplicar uma analogia em tal hipótese.⁷⁹

75 CAPEZ, Fernando. Curso de direito Penal, volume 1, parte geral. – 14. ED – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 433

76 CAPEZ, Fernando. Curso de direito Penal, volume 1, parte geral. – 14. ED – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 433

77 CAPEZ, Fernando. Curso de direito Penal, volume 1, parte geral. – 14. ED – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 434

78 CAPEZ, Fernando. Curso de direito Penal, volume 1, parte geral. – 14. ED – São Paulo : Saraiva, 2010. P. 434

79 HC 91.155/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1. Turma, j. 21.06.2007

3 As penas restritivas de direitos no tráfico de drogas à luz do novo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

3.1 Relatório.

Este capítulo tem por objetivo analisar os autos do Habeas Corpus n 97.256, impetrado em favor do réu Alexandro Mariano da Silva, bem como estudar os argumentos jurídicos usados para fundamentar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que deferiu a substituição da pena privativa de liberdade ora estipulada em desfavor do paciente por penas restritivas de direitos.

Inicialmente, a denúncia informa que, o paciente Alexandro Mariano da Silva caminhava na via pública Wolfran Metzeler, Bloco 29, s/n, Cohab, no Bairro Rubem Berta, em São Paulo/SP, quando uma equipe de policiais militares realizava patrulhamento de rotina na região e acabaram por decidir realizar a sua abordagem, em razão de que, segundo os militares, Alexandro apresentava comportamento suspeito.⁸⁰

Após realizarem os procedimentos de praxe, os policiais encontraram, em poder de Alexandro, diversas porções da substância entorpecente denominada por cocaína bem como porções dessa substância em forma de “*crack*”. Foi encontrado, ainda, a importância econômica de R\$40,00 (quarenta reais).⁸¹

Diante da conduta ora praticada, Alexandro foi denunciado nos termos do artigo 33, da Lei 11.343/2006⁸², uma vez que foi flagrado trazendo consigo substancias consideradas de uso proscrito em todo território nacional.⁸³

No curso da persecução criminal, a defesa de Alexandro pleiteou a concessão de sua liberdade provisória, entretanto, segundo os fundamentos do Ministério Público, várias seriam as razões que não permitiam a concessão da

80 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 30

81 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 31

82 BRASIL. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

83 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 31

liberdade provisória do acusado, dentre elas: os motivos que autorizavam a segregação cautelar do acusado se encontravam presentes, tendo em vista que o inquérito policial carreava em seu bojo indícios suficientes de autoria e materialidade no que concernia a autoria do acusado na prática do crime de tráfico de drogas⁸⁴; a liberdade provisória é vedada no crime de tráfico de drogas, uma vez que é conduta equiparada a hedionda⁸⁵; garantir a ordem pública, com o com o objetivo de impedir que o acusado continue a praticar os atos da mercancia ilícita de substancias entorpecentes.⁸⁶

Não obstante os esforços da defesa em buscar a liberdade provisória do acusado, após a realização de audiência de instrução e julgamento, restou indeferido o pleito. Em ocasião diversa, porém, a liberdade foi concedida ao acusado.⁸⁷

Finda a persecução criminal, foi proferida sentença pelo Juízo da Vara Criminal do Foro Regional Alto Petrópolis, que trouxe como fundamentos as razões a seguir descritas.⁸⁸

Segundo a magistrada Martinha Terra Salomon, encontravam-se presentes os indícios de autoria e materialidade do crime com relação ao denunciado. Nesse sentido, serviram de lastro as provas testemunhais e periciais, especificamente os depoimentos das testemunhas e laudos periciais que constatarem a presença de cocaína nas substâncias que o réu trazia consigo.⁸⁹

Nessa seara, os depoimentos dos militares estariam em harmonia no sentido de que, o réu, de fato, estava em local que era conhecido tratar-se de ponto de venda de drogas, na posse de porções destas, acondicionadas de forma individual, bem como teria consigo a importância econômica de R\$40,00 (quarenta reais), sendo esses fatos suficientes para demonstrar a intenção do acusado realizar o comércio ilegal de drogas.⁹⁰

Para a magistrada, o fato de os policiais terem relatado que não conheciam o denunciado afastou a possibilidade de terem lhe imputado injustamente a autoria do

84 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 32

85 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 33

86 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 33

87 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 34

88 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 36

89 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 36

90 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 36

referido crime, tendo julgado procedente a pretensão estatal punitiva para condenar Alexandre Mariano da Silva nas penas do artigo 33, da Lei 11.343/2006⁹¹

Na dosimetria, restou fixada a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, tendo em vista a culpabilidade evidenciada, com alto grau de reprovabilidade, a ausência de antecedentes criminais, personalidade do agente sem traços dissonantes, motivos que integram o tipo penal bem como a quantidade e espécie das substâncias apreendidas.⁹²

A menoridade do réu à época do crime foi reconhecida, todavia, não atenuou a reprimenda em razão de a pena-base já ter sido fixada em seu mínimo legal. (fls. 4 da sentença). Noutro giro, a pena foi diminuída em 2/3 por estarem presentes os requisitos elencados no §4, do artigo 33, da Lei 11.343/2006.⁹³

Foi aplicada, ainda, em caráter cumulativo, uma pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, observadas as diretrizes do art. 59 do Código Penal.⁹⁴

Entendeu o juízo que a pena privativa de liberdade estipulada em desfavor do réu não poderia ser substituída por penas restritivas de direitos, uma vez que o tráfico de drogas não comporta tais penas, somada ainda a não constatação dos requisitos previstos nos artigos 44 e 77 do Código Penal.⁹⁵

Foi fixado o regime fechado como sendo o inicial de cumprimento de pena.⁹⁶

Ao condenado foi concedido o direito de apelar da referida sentença em liberdade, levadas em conta a sua primariedade e ostentação de bons antecedentes.
97

Concluídos os atos de primeira instância e irrisignados com a r. Sentença, Defesa e Ministério Público apelaram.⁹⁸

Em sua razões, a Defesa aduziu que o réu negou em juízo a veracidade dos fatos que lhe foram imputados; os depoimentos dos policiais apresentaram inúmeras divergências; o réu somente trazia maconha consigo, sem possuir qualquer outro instrumento referente à mercancia de drogas. Requereu a sua absolvição, ou

91 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 36 e 37

92 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 37

93 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 37

94 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 37

95 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 37

96 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 37

97 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 37

98 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 46

alternativamente, a aplicação da atenuante da minoridade bem como a redução da pena de multa ora aplicada.⁹⁹

Adversamente, o Ministério Público trouxe os fatos de que as drogas apreendidas estavam acondicionadas de modo a serem prontamente comercializadas. Sustentou que a aplicação da redução de pena prevista no artigo 33, 4, da Lei 11.343/2006 representou uma desproporcional e insuficiente proteção à sociedade. Pugnou pelo afastamento da referida causa de redução de pena ou alternativamente, que fosse aplicada em fração inferior ao mínimo legal. Foram apresentadas contrarrazões.¹⁰⁰

Nessa esteira, a manifestação ministerial foi no sentido de dar provimento parcial ao pleito do *parquet* e de negar provimento ao apelo defensivo.¹⁰¹

Votaram os desembargadores Jose Antônio Hirt Preiss (relatoria), Vladimir Giacomuzzi (presidente e revisor e Newton Brasil de Leão, ambos de acordo com os fundamentos da relatoria).¹⁰²

Em síntese, aduziu o relator que não houve contradição nos depoimentos dos policiais prestados em juízo, mas tão somente divergências periféricas alheias ao núcleo do comportamento censurável imputado ao réu.¹⁰³

Noutra esfera, salientou o fato de que inexistia qualquer indicio de animosidade entre estes últimos, de forma que nada justificaria a suposta imputação injusta de um crime à pessoa do réu.¹⁰⁴

Lembrou, ainda, que a conduta delituosa de tráfico de drogas é conceituada como conduta de ação múltipla, sendo suficiente o fato de o réu ter trazido consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância entorpecente de uso proscrito em território nacional, para ser apenado nos termos da Lei 11.343/2006.¹⁰⁵

Dessa forma, nada há a discutir se o réu trazia consigo ou não outros elementos materiais referentes à mercancia ilícita.¹⁰⁶

99 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 18

100 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 18

101 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 40

102 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 41

103 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 44 e 45

104 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 46

105 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 46

106 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 48

No que concerne a dosimetria da pena ora fixada, aduziu o relator que a pena-base não deveria ser reduzida face a redação da Sumula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “A incidência da circunstancia atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”.¹⁰⁷

Justificou a impossibilidade de redução da pena de multa, eis que também fixada no mínimo legal.¹⁰⁸

Quanto ao pleito ministerial, destacou que, são vedados as concessões de graça, anistia ou indulto aos condenados nos termos da lei de tóxicos, todavia, lhe são plenamente garantidos o reconhecimento de causas de diminuição de pena, tal qual a prevista no §4 do artigo 33, da Lei 11.343/2006.¹⁰⁹

Por fim, salientou que a quantidade e diversidade de entorpecentes encontrados com o apelante não podem sustentar a aplicação da redução de pena em seu patamar máximo, alterando o quantum de 2/3 para 1/6, tendo restado a reprimenda definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, à serem cumpridos inicialmente no regime fechado.¹¹⁰

Inconformada, a defesa impetrou habeas corpus em favor do réu, no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com pedido de liminar, com fulcro no artigo 5, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal.¹¹¹

Em seus fundamentos, a Defensoria argumentou que não houve razão justa para a redução de pena outrora concedida ao réu no patamar de 2/3 ter sido alterada pelo órgão coletivo a quo para 1/6.¹¹²

Allegou que a Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul exasperou a pena no valor máximo com o objetivo de afastar a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, uma vez que os 02 (dois) meses aquém dos 04 (quatro) anos de reclusão que passaram a integrar a

107 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 49

108 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 49

109 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 50

110 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 50

111 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 17

112 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 19

reprimenda implicariam na não aplicação do dispositivo legal previsto no artigo 44 do Código Penal.¹¹³

Segundo a Defesa, o condenado, além de ser primário, não ostentava maus antecedentes, não se dedicava a atividades ilícitas, não integrava organização criminosa e ainda tinha em seu favor as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, razões pela qual, segundo a defesa, a câmara não poderia com base exclusivamente na quantidade e diversidade de substâncias encontradas, afastar a aplicação máxima do benefício de redução de pena previsto no §4, do artigo 33, da Lei 11.343/2006 e aplica-la em seu patamar mínimo, 1/6.¹¹⁴

Sustentou que não deve prosperar o argumento usado pelo órgão coletivo a quo de que a equiparação do delito de tráfico à conduta hedionda é fator que impossibilita a substituição de pena, vez que atualmente o entendimento é pela inconstitucionalidade do artigo 2, §1, da Lei dos Crimes hediondos.¹¹⁵

Fundamenta a defesa que, com o advento da lei 11.467/2007, que passou a facultar a progressão do regime carcerário tratando-se de condenados nos termos da lei de tóxicos, deve ser revisto o entendimento de que não é possível substituir a pena dos mesmos.¹¹⁶

Aduziu que a lei penal deve ser continuamente interpretada no sentido pro-réu.¹¹⁷

Disse não estarem presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, motivo que não justifica a não concessão da substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito no caso em tela.¹¹⁸

Defendeu que a jurisprudência e doutrina modernas indicam que a reprimenda deve ser substituída.¹¹⁹

Por fim, aduziu que o réu estava sendo submetido a constrangimento ilegal, razão pela qual requereu a concessão de liminar com o objetivo de suspender a decisão do Tribunal a quo até o julgamento do mérito do writ, eis que presentes o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, face ao perigo de possível dano irreparável ou de difícil reparação ao condenado com a demora jurisdicional. Pugnou por nova

113 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 19

114 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 19

115 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 19

116 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 20

117 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 20

118 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 20

119 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 21

decisão, dessa vez, dando provimento a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direito.¹²⁰

Em decisão monocrática, a Ministra Jane Silva do Superior Tribunal de Justiça negou indeferiu a tutela liminar ora pleiteada, uma vez que no seu entendimento, o pedido se mostrava plenamente satisfativo, deixando para apreciá-lo somente quando da decisão de mérito.¹²¹

Ao emitir parecer ministerial, o Ministério Público Federal se manifestou pela concessão da ordem.¹²²

Em ocasião oportuna, ao julgar o mérito do referido remédio constitucional, aduziu a Ministra Relatora que, embora o réu tenha tido em seu favor reconhecido os requisitos previstos no parágrafo 4, do art. 33, da Lei 11.343/2006, o foco do debate reside no aspecto da omissão do legislador em não ter atribuído os requisitos para obter a diminuição da pena. Nesse sentido, entendeu a Ministra que, não obstante a omissão, devem ser levada em conta as circunstâncias judiciais não só do artigo 59, mas também as mencionadas na nova lei quando em tela a fixação de penas.¹²³

Mencionou, ainda, que o réu foi flagrado na posse de quantidade pequena de substância entorpecente, bem como não havia diversidades destas, presente apenas a cocaína, razões essas que fazem com que o réu tenha direito à um quantitativo maior de redução de pena, desconsidero o quantum de 1/3.¹²⁴

Lado outro, no que concerne à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em sua linha de raciocínio, disse não ser possível acatar o pleito, uma vez que o delito ora em análise foi praticado na vigência da Lei Antidrogas, sendo somente válido o debate da questão quando fosse praticado na vigência da Lei 6.368/76, que só vedava o benefício quando do cometimento de crimes cometidos com violência ou grave ameaça.¹²⁵

Nesta senda, votou no sentido de conceder a ordem parcialmente e aplicou a redução da pena no quantum de 2/3, tornando a reprimenda no valor de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, à ser cumprida no regime inicial fechado, bem como

120 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 29

121 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 47

122 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 09

123 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 09

124 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 10

125 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 10

ao pagamento de 160 (cento e sessenta) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo previsto.¹²⁶

Em julgamento pelo órgão colegiado da Sexta Turma, teve a relatora o seu voto seguido por unanimidade, sem ressalva, ocasião em que a ordem foi concedida nos termos retro mencionados.¹²⁷

Irresignada com a não concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a Defensoria Pública da União impetrou novamente Habeas Corpus em favor de Alexandro Mariano da Silva, desta vez no Supremo Tribunal Federal, em face do acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribuna de Justiça.¹²⁸

Em seus fundamentos, aduziu a Defensoria Pública que, deviam ser respeitados no caso em tela os princípios da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, da individualização da pena e da razoabilidade, observância tal que faria com que caísse por terra a vedação prevista no art. 44, da Lei 11.343/2006, hipótese em que seria reconhecida a sua inconstitucionalidade¹²⁹

Sustentou, ainda, o impedimento do magistrado em realizar a análise de alguma conduta quando lhe é vedado, ainda que por presunção, conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em casos como o em estudo.¹³⁰

Para a Defesa, Alexandro, devem ser levados em consideração os seguintes fatos: prática de tráfico de pequena quantidade de entorpecente, por autor que tem seu favor reconhecidas circunstancias judiciais que lhe são favoráveis, bem como condenação estabelecida no patamar mínimo previsto.¹³¹

Aduziu, ainda, que, não obstante a permissão da redação constitucional de permitir que o magistrado regule a fixação das penas, não pode a mesma redação permitir que o julgador contrarie o texto da Carta Magna.¹³²

Nesse giro, entendeu que a vedação prevista no artigo 44, da Lei 11.343/2006 padece de vício de inconstitucionalidade, levando em conta que a

126 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 10

127 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 16

128 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 02

129 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 03

130 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 04

131 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 04

132 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 05

própria Constituição Federal não estabelece vedação em relação a substituição de pena quando o delito for o de tráfico de drogas, fato este que impede que norma hierarquicamente inferior estabeleça tal vedação, devendo ser respeitado o princípio da razoabilidade.¹³³

Nesses termos, pleiteou liminarmente a concessão da ordem para substituir a pena privativa de liberdade fixada em desfavor de Alexandro Mariano da Silva por restritivas de direitos, anotando, para tanto, perigo na demora de julgamento da ordem, devendo o r. decisum ser suspenso.¹³⁴

Em julgamento pela Corte, restou estabelecido que o feito deveria ser submetido ao plenário do Supremo Tribunal Federal.¹³⁵

3.2 Argumentos favoráveis à aplicação das penas restritivas de direitos no tráfico de drogas.

3.2.1 Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

Em plenário, trouxe o douto Ministro Carlos Ayres Britto, relator do presente Habeas Corpus, os seguintes fundamentos:

Não obstante a Constituição Federal autorize o legislador para acrescentar crimes ao rol daqueles chamados hediondos, tratou esta de impor um limite, qual seja, a não concessão de fiança, graça e anistia para aqueles que forem condenados nos seus respectivos termos. Nesta senda, pode-se aduzir que a própria redação federal elencou as vedações à serem aplicadas aos agentes que incorrerem nos crimes hediondos, todavia, não incluiu nesta relação a proibição da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.¹³⁶

Mencionou que, não obstante as vedações já citadas, tratou ainda a Constituição de determinar, por exemplo, o caráter imprescritível dos crimes de racismo e as ações dos grupos armados, civis, ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático. Da mesma forma a pena de morte, que aplicada só tratando-se de casos de guerra. Ainda, a impossibilidade de se

133 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 05 e 06

134 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 07

135 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 155

136 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 165

extraditar, onde não se incluiu o brasileiro naturalizado quanto ao comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas e semelhantes, nos termos da legislação, ou mesmo em caso de crime comum praticado antes da naturalização.¹³⁷

Nesse sentido, falando-se de condutas hediondas, impossível se torna frisar o texto da própria constituição da república no que concerne as proibições impostas a quem quer que pratica aquelas condutas.¹³⁸

Acerca da individualização da pena, asseverou que, a essência semântica da garantia da mesma individualização não pode ser por ela desconsiderada, nulificada. Ainda que o preceito contido na constituição não necessite de intercalação de lei com, é de se dizer, ainda assim não pode nulificar o seu próprio texto.¹³⁹

No seu entendimento, por lógica, infere-se que a lei hierarquicamente mais fraca não pode tolher do magistrado a possibilidade de imputar ao acusado a reprimenda penal, que ele, sentenciante, entende ser a opção balanceada ou mesmo de um sopesamento de circunstâncias subjetivas do fato tipo.¹⁴⁰

Disse que, em síntese, trata-se de debater acerca de uma ponderação obrigatória concreta, estipulada pela vontade do magistrado para equilibrar a segurança jurídica e justiça material.¹⁴¹

Ainda nos ensinamentos do douto ministro, o magistrado encarregado de sentenciar deve se deslocar com ineliminável discricionariedade ao aplicar penas que restringem algo ou que tolham a liberdade do acusado mais outra qualquer que não esteja relacionada à sua liberdade. Propôs a lei, então, a abertura das portas alternativas, no que estabeleceu a possibilidade das penas de bens, multas, por exemplo, sem prejuízo daquelas outras referentes à liberdade.¹⁴²

E continua, aduzindo que, no debate em tela, trata-se somente de discutir acerca da restrição que o direito penal faz quando da possibilidade de discricionariedade do sentenciante determinar as sanções penais, uma vez que é sabido que é possível aplicar e cumular penas, inclusive a pena privativa e a restritiva de liberdade corporal, mas não é possível que subtraia do órgão julgador a

137 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 166

138 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 166

139 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 166

140 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 169

141 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 170

142 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 170

discrecionalidade quando da sua movimentação sobre os caminhos punitivos alternativos. É vedado, dessa forma, aplicar tal proibição ao sentenciante, devendo lhe ser deixada a possibilidade de converter penas supressoras de liberdade em restritivas de direitos.¹⁴³

Corroborando com sua linha de raciocínio, cita o relator a questão da declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prisional em se tratando de agentes condenados nos termos das condutas hediondas, tendo sido superado o entendimento de que poderia haver regra que impedisse o sentenciante de individualizar tais penas.¹⁴⁴

Faz menção aos efeitos do cárcere, onde defende que as penas restritivas de direitos são caminhos punitivos alternativos à vida carcerária, que acarreta efeitos traumáticos, estigmatizantes e onerosos. Aliás, é essa a essência de caráter alternativo, uma vez que foi criada com essa razão, constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas sempre que possíveis contornáveis sequelas.¹⁴⁵

Para Ayres Britto, não é outra a razão de que a sanção da qual prevê o disposto no XLVI do art. 5, da Constituição Federal, pode-se ser considerada como a mais dura de todas as outras previstas, uma vez que tolhe a liberdade corporal do agente condenado. Segue-se, a partir desta, a aplicação da perda de bens, multa, prestações sociais alternativas e a suspensão ou interdição de direitos, todo esse conjunto sem prejuízo da aplicação cumulativa com a pena mais dura. Trata-se de previsão constitucional que zelou pela chamada proporcionalidade entre os bens jurídicos tutelados e pretensão punitiva Estatal. Significa dizer que a pena mais dura não é a única que cumpre a função retributiva do Estado, sendo que as demais penas também são e devem ser consideradas como medidas punitivas efetivas, suficientes.¹⁴⁶

Nesse sentido, ninguém melhor que o Juiz Natural da causa para aplicar, mediante análise do caso concreto, qual a medida retributiva será considerada suficiente. Tal aplicação deve levar ainda em consideração a ressocialização do apenado. É mediante tais aplicações que serão inibidos os atos criminosos de igual desvalia. Concilia, então, o sentenciante, justiça material e segurança jurídica, o que

143 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 171

144 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 171

145 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 172 e 173

146 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 173

significará caminhar ao lado da correta individualização das penas e incorrer em uma justiça penal eficaz.¹⁴⁷

Explicita que, todas essas razões se tornam translúcidas quando efetivamente leva-se em conta que a Carta Magna Federal tratou de dar preferência acima de tudo a liberdade física dos indivíduos, sendo o cárcere uma medida excepcional. O não-encarceramento é, então, a regra.¹⁴⁸

Sustentando sua tese, transcreve alguns dispositivos legais colacionados à Constituição, tais quais: Ninguém será preso sendo em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (inciso LXI do art. 5º); Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º); A lei regulará a individualização da pena, e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multas, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos.¹⁴⁹

A partir desses dispositivos, aduziu que, a própria constituição trata de dar preferência à pena mais dura, qual seja, restringir a liberdade do indivíduo, porém, elenca em seu rol as demais hipóteses, seja em caráter cumulativo ou não, não sendo essa cumulação, por outro lado, de aplicação obrigatória, o que não obsta não reconhecer a sua previsão no texto magno.¹⁵⁰

Frisou que houve a superlativização da garantia constitucional à toda e qualquer reprimenda penal.¹⁵¹

Por fim, arrebatou com a tese de que a mercancia ilícita de drogas, quando da caracterização de menor potencial ofensivo, tem tratamento diferenciado previsto no *prima* dos tratados internacionais, citando, para tanto, o exemplo da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, que prevê em sua redação que tratando-se de infração de menor caráter, poderão as partes substituírem a condenação ou sanção por outras medidas, quais sejam, medidas educativas, de reabilitação, de reintegração social ou quando de sua necessidade, aplicar tratamento e acompanhamento ao toxicômano.¹⁵²

147 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 173

148 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 173

149 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 173

150 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 173

151 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 174

152 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 177

Para o relator, a conduta praticada por Alexandro Mariano da Silva tem em seu favor a reconhecida causa de redução de pena, frise-se, em seu *quantum* máximo, em razão das circunstâncias judiciais que militavam em seu favor. Deve-se ser somado à isso, o fato de que foi flagrado portando pequena quantidade de substância entorpecente, no que lhe foi imputada a sanção de 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, sob regime prisional fechado, além de 160 (cento e sessenta) dias-multa, cuja unidade restou fixada em seu mínimo legal.¹⁵³

Segundo Ayres Britto, não é correto aduzir que a redação da Constituição Federal de 1988 serve apenas de base para orientar o legislador ordinário, pelo contrário, a Carta Magna nos traz uma garantia que opera como inafastável elemento de contenção do poder de legislar.¹⁵⁴

Dessa forma, não há como o direito criminal valer-se de diferenças ainda mais severas que as elencadas no corpo constitucional.¹⁵⁵

Pelas razões acima expostas, concedeu o Ministro Ayres Britto, de forma parcial, o Habeas Corpus impetrado em favor do réu, mas não para assegurar a este a imediata e requerida convolação, menos ainda para respaldar a sua liberdade de locomoção. Lado outro, a ordem foi concedida no sentido de remover o óbice trazido na parte final do artigo 44, constante do mesmo artigo 33, em seu parágrafo 4, ambos da Lei 11.343/2006. Declarou, então, de forma incidental, inconstitucional, ainda com efeitos *ex nunc*, a vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, determinando, ainda, a avaliação por parte do Juízo da execução penal para verificar se o paciente preenche ou não os requisitos previstos na legislação para ter a sua reprimenda convertida.¹⁵⁶

3.2.2 Voto do ministro Ricardo Lewandowski.

Em seu voto, o ministro Lewandowski acompanha a relatoria do Ministro Ayres Brito, e faz questão de ressaltar dois argumentos os quais, em seu posicionamento, servem de base para fundamentar seu voto.¹⁵⁷

153 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 178

154 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 178.

155 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 179.

156 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 186.

157 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 210

O primeiro concerne ao fato de que o artigo 5, em seu inciso XLVI, da Carta Magna, já tratou de definir que a lei regulará a individualização das penas, razão pela qual não há como coexistir uma norma que nega, que veda e que impede a referida individualização *in casu*.¹⁵⁸

Por fim, aduz que uma lei que afasta a possibilidade de aplicar penas alternativas, naturalmente, fere o princípio da individualização das penas, ferindo também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.¹⁵⁹

Motivado pelas razões trazidas pela relatoria do Ministro Ayres Brito, concedeu a ordem.¹⁶⁰

3.2.3 Voto do Ministro Gilmar Mendes.

Em seu voto, Gilmar Mendes levanta a questão de que o debate está adstrito a uma ideia de núcleo essencial.¹⁶¹

De acordo com o Ministro, a própria norma inserida no parágrafo 4, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, contém contrariedades. Isso se deve ao fato de que a norma, ora reconhece o crime como de menor potencial ofensivo (na hipótese de preencher os requisitos exigidos), e ora obsta a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.¹⁶²

Em suas palavras, aduziu o seguinte, *verbis*:

“O que se vê é o esvaziamento das razões de política criminal que aconselham a medida de menor apenação no próprio dispositivo que a prevê, impondo, sempre e sempre, o recolhimento ao cárcere de agente cuja ausência de periculosidade necessariamente deverá ser reconhecida, a permitir a redução de pena”¹⁶³

Lembra, ainda, o fato de que, conforme já se decidiu acerca da progressão de regime, a matéria do caso em tela esta submetida a controle de constitucionalidade,

158 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 210

159 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 210

160 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 210

161 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 211.

162 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 211

163 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 212

e não há como o legislador se movimentar dentro desse espaço, que é da seara dos direitos fundamentais. Pelo contrário, há de existir um respeito à ideia da reserva do proporcional.¹⁶⁴

Votou no sentido de conceder a ordem, consoante a relatoria do Ministro Ayres Britto.¹⁶⁵

3.2.4 Voto do Ministro Cezar Peluso.

Por sua vez, o Ministro Cezar Peluso inicia seu voto aduzindo que há, de fato, incompatibilidade entre o artigo 5, inciso XLVI, da Carta Magna e a vedação trazida na lei de tóxicos. Para o Ministro, tal incompatibilidade é clara em razão de que o ordenamento pátrio já instituiu um sistema de alternativas condicionadas às penas privativas de liberdade. É por essa razão que, deve o magistrado auferir se o agente condenado preenche ou não os requisitos previstos nesse sistema de alternativas e decidir pela aplicação da pena adequada no caso em concreto.¹⁶⁶

Cezar Peluso não admite, ainda, que a legislação impeça a escolha judicial simplesmente em razão da natureza jurídica de um crime, sem contudo alterar todo o arcabouço jurídico já instituído. Isso pois, a natureza das condutas não está na contramão dos critérios de individualização das penas. Há de se distinguir, então, a gravidade do crime com a natureza do mesmo crime. Tal gravidade é apurada pelo magistrado nos casos em concreto, sendo essa a razão de que a própria lei fixou que as penas superiores à 04 anos não comportam a substituição da pena. Na hipótese diversa, então, seria correto afirmar que a gravidade concreta do crime esta sendo levada em consideração.¹⁶⁷

Por fim, cita os ensinamentos de Assis Toledo, o qual aduzia que, de outro modo, não seria possível que o magistrado fizesse qualquer distinção de um grande comercializador de substâncias entorpecentes para, como por exemplo, a sua companheira, que o leva pequenas porções de substância entorpecente para aquele. Na pratica, tal impossibilidade de distinção entre tais agentes, fere, em sua opinião, o princípio da individualização das penas.¹⁶⁸

164 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 212

165 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 211

166 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 220

167 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 220

168 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 221

Pelos fundamentos trazidos, concedeu a ordem.¹⁶⁹

3.2.5 Voto do Ministro Celso de Mello.

Em Plenário, o Ministro Celso de Mello argumenta que a conversão debatida caberá sempre ao magistrado, sendo este o competente para realizar uma avaliação casuística, levando em consideração os pressupostos objetivos e subjetivos necessários à aplicação da referida conversão.¹⁷⁰

E continua, declarando a sua opinião no sentido de que a norma penal disposta no artigo 44, da Lei 11.343/2006, bem como no parágrafo 4, do artigo 33, da mesma lei mencionada, estão em completa colidência frontal com a redação da Constituição Federal, especificamente no seu artigo 5, XLVI.¹⁷¹

Para Celso de Mello, não há como sustentar a vedação elencada na legislação penal uma vez que ela afronta o princípio da individualização da pena, e ainda outros postulados elencados pela Carta Magna, não obstante a gravidade objetiva do crime.¹⁷²

Aduz, então, que no caso de estarem presentes os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, deve-se ser desconsiderada a redação da lei de tóxicos e aplicada a substituição da pena, estando tal aplicação em consonância com a redação da Constituição Federal.¹⁷³

Colaciona ao seu voto, as considerações de Paulo Queiroz (Vedação de Pena Restritiva de Direito na nova Lei de Drogas), que entende que a nova lei de drogas destoa da lei de regência anterior, uma vez que atualmente proibiu expressamente a substituição da pena, muito embora tal vedação não deve impedir que o magistrado, sendo senhor que é da individualização da pena, de realizar nova interpretação à legislação vigente em consonância com a Constituição.¹⁷⁴

Exemplifica, ainda nas considerações de Paulo Queiroz, que não é razoável que dois réus que cometam crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, sendo estes primários e sem antecedentes, fiquem submetidos a um *quantum* igual de

169 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 221

170 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 233

171 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 234

172 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 235

173 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 236

174 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 239

pena, mas com desigualdades em sua aplicação, isto é, onde uma conduta pode ser substituída e a outra não. Outrossim, haverá ofensa aos princípios da proporcionalidade, individualização da pena e isonomia.¹⁷⁵

Entende, dessa forma, que não pode o Poder legislativo atuar de forma imoderada e desenfreada e tampouco lhe é de direito criar normas leis cujo conteúdo esteja na contramão dos parâmetros de razoabilidade.¹⁷⁶

Não pode, então, o estado legislar de forma ilimitada, uma vez que, sendo esse o caso, indubitavelmente ocorrerá uma irresponsabilidade legislativa, surtindo, dessa forma, situações normativas contrárias aos fins que regem o desempenho da função estatal.¹⁷⁷

Finalizando o voto, Celso de Melo entende que as expressões relacionadas à vedação da substituição da pena merecem censura por parte da corte a qual integra, uma vez que o legislador não pode se sobrepor ao papel do magistrado quando da realização da avaliação casuística da existência ou não, da possibilidade de ser concedida a substituição da pena ou não, à depender do caso concreto.¹⁷⁸

Motivado por essas razões, considera viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos no que concerne aos condenados por tráfico de drogas, concedendo, então, a ordem no presente caso, também nos termos da relatoria do Ministro Ayres Britto.¹⁷⁹

3.3 Argumentos desfavoráveis à aplicação das penas restritivas de direitos no tráfico de drogas.

3.3.1 Voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Lado outro, entendeu de forma diversa o Ministro Joaquim Barbosa, tendo aduzido, primeiramente, que a substituição de pena não é medida aplicável a qualquer crime. Não raras vezes, tratou o Código Penal de vedar a substituição da pena em diversos casos. É o caso do artigo 44 do livro mencionado.¹⁸⁰

175 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 240

176 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 241

177 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 243

178 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 244

179 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 245

180 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 193

Nessa linha de raciocínio, para afastar a incidência da vedação da substituição da pena no caso em exame, é necessário declarar a inconstitucionalidade do dispositivo retro mencionado, levando em consideração que o sentenciante seria impedido de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.¹⁸¹

Nesta senda, restaram estabelecidas no artigo 44 as diretrizes para concessão da substituição da pena, podendo ser convertidas quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior à quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo, quando o réu não for reincidente em crime doloso, quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.¹⁸²

No entendimento do Ministro, de acordo com as hipóteses acima consideradas, a substituição de pena não é cabível em qualquer crime. É que tratou a legislação de impor considerações relativas a individualização da pena, o que não significa dizer, para tanto, que tal instituto deriva de forma direta da constituição.

Nessa linha, o nosso ordenamento não faculta ao sentenciante a liberdade irrestrita de analisar se a medida em tela é cabível ou não. Mesmo porque, como já exposto, somente é permitida a aplicação da referida conversão nas hipóteses previstas em lei.

Deve-se levar em consideração, então, os crimes de lesão corporal grave, aborto, e roubo simples, que ainda que não considerados como condutas hediondas, não são passíveis de aplicação da substituição da pena. Não é permitido ao sentenciante aplicar tal substituição, ainda, nos casos em que os crimes forem cometidos com violência ou grave ameaça (tal vedação nunca foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal).¹⁸³

Levantou o Ministro o seguinte questionamento: Por que motivos não poderia o legislador, que estabeleceu as vedações previstas no art. 44, não estabelecer

181 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 193

182 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 193

183 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 194

também vedações referentes às condutas de tráfico, que são consideradas mais graves, diga-se de passagem?¹⁸⁴

É de se dizer, então, que, declarada a inconstitucionalidade da vedação prevista no parágrafo 4, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, pode-se dizer, também, que o artigo 44, do Código Penal, seja igualmente inconstitucional.¹⁸⁵

Nesse toar, somente iria ocorrer a violação da garantia da individualização das penas se o legislador tivesse impedido por completo a individualização das penas referentes às condutas hediondas, mas trata-se de caso diverso, onde cuida-se apenas de diminuição da esfera de atuação judicial. Considerar o contrário, seria facultar ao magistrado a possibilidade de aplicar a substituição da pena em toda e qualquer hipótese.¹⁸⁶

Lado outro, frisou que a vedação prevista na lei de tóxicos alcança apenas uma espécie de pena, qual seja, a restritiva de direitos, que restou estabelecida pela legislação que é incabível quando a conduta praticada for a de tráfico de drogas. Tal vedação é legal e abarca diversos outros crimes.¹⁸⁷

Ademais, citou que as penas previstas na constituição não se restringem às elencadas no rol do dispositivo, uma vez que a mesma redação prevê a aplicação de outras penas a serem estabelecidas por lei. Em verdade, há proibição efetiva de aplicação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, banimento e de caráter cruel. No mais, é permitido a legislação tratar sobre a questão da pena conforme a redação constitucional, sendo que a própria trata de diferenciar as condutas referentes ao tráfico de drogas.¹⁸⁸

Nesse toar, o certo é que a Lei 11.343/2006 optou pela aplicação exclusiva da pena privativa de liberdade como sanção punitiva para a conduta delituosa de tráfico de drogas, sendo, por lógica, incabível a aplicação de penas alternativas.¹⁸⁹

Sustentando sua tese, cita o ensinamento de Guilherme Nucci, *verbis*:¹⁹⁰

“Ao elaborar tipos penais incriminadores, deve o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, à

184 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 195

185 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 195

186 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 196

187 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 196

188 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 197

189 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 197

190 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 198

titulo de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho.”¹⁹¹

Tendo por base esse ensinamento, aduz que, abstraído de forma excessiva o princípio individualização da pena, não poderá o legislador em nenhuma hipótese estabelecer qualquer reprimenda, mas tão somente seria possível a aplicação desta através do magistrado, que só lhe seria permitido fazer o uso das sanções penais previstas exclusivamente na Carta Magna Federal. Deve-se entender, todavia, que não é essa a finalidade da Constituição, especialmente se for observado o princípio da reserva legal, que preceitua que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. É de se concluir, somente o legislador pode aplicar as reprimendas estabelecidas em abstrato.¹⁹²

Por essas razões, entende que, no que concerne a cominação das penas, a liberdade do legislador é ampla, sendo eivada pelo norte da proporcionalidade e pelas vedações elencadas de forma expressa na Constituição Federal a algumas espécies de pena. Nesta senda, inexistente a hipótese de que a redação da Carta Magna restringe do legislador a opção de proibir as penas restritivas de direitos nas condutas que tenha estipulado serem de maior gravidade para a sociedade, tampouco, que fique a total encargo do juiz natural a análise da sua aplicabilidade ou não nos casos concretos.¹⁹³

Nesse prisma, entende Joaquim Barbosa que, *verbis*:

“Sob essa ótica, seriam inconstitucionais até mesmo as regras sobre o regime prisional cabível, o momento a partir do qual caberá a progressão ou regressão do regime, sursis e todas as normas penais sobre as penas aplicáveis em cada crime, ou seja, quando caberá pena de reclusão ou de detenção, de prisão ou de multa, penas alternativas, de perda de cargo ou de função pública, além de outros institutos penais regidos pela lei, pois todas essas normas impõem a individualização judicial da pena no caso concreto.”¹⁹⁴

191 NUCCI, Guilherme. Individualização da Pena. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 38

192 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 199

193 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 200

194 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 201 e 202.

Lado outro, o legislador constituído não encontra barreiras no que concerne à sua legitimidade para estabelecer limites à atuação do Estado, sendo de sua responsabilidade proteger os integrantes da sociedade de seus próprios excessos, mas ainda para fixar parâmetros à liberdade humana.¹⁹⁵

Ressalta que, trazida à tona as lacunas e abstração dos dispositivos constitucionais, toda e qualquer interpretação eivada de excessos acaba por fortificar a tensão existente entre jurisdição constitucional e democracia representativa, o que produzirá a inconstitucionalidade de todo o ordenamento jurídico já confeccionado.¹⁹⁶

Barbosa menciona que a aplicação ou não das penas restritivas de direitos devem ser tratadas como temas relacionados à política criminal, no âmbito da esfera de deliberação do Poder Legislativo, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e pelo conjunto principiológico da Carta Magna.¹⁹⁷

Aduz que, as únicas condutas hediondas que não estão sujeitas a vedação ampla do Código Penal, são justamente as condutas relacionadas ao tráfico, epidemia e de falsificação de produtos terapêuticos. E não é outra a razão do legislador ter fixado de forma expressa a vedação trazida no corpo da Lei 11.343/2006, senão a de equiparar a igualdade de tratamento entre as condutas já ditas hediondas e equiparadas.¹⁹⁸

Não suficiente o raciocínio acima descrito, menciona que, cada conduta criminosa tem um impacto diferente na sociedade em que é praticada, sendo razoável dizer que o legislador brasileiro menos se preocupa com outras condutas tipificadas como hediondas ao tráfico de drogas, levado em consideração os seus índices de ocorrência e/ou problemas socialmente graves os quais a sua prática acarreta.¹⁹⁹

Concluindo seu posicionamento, Barbosa entende que a vedação da substituição da pena *in casu* por restritivas de direitos não está em desacordo com a Carta Magna e com a realidade social brasileira, não havendo ainda o que se falar

195 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 202.

196 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 202

197 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 203

198 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 204.

199 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 204

em prejuízo à uma individualização justa, equânime e adequada da pena cabível no tráfico de drogas, razão pela qual denega a ordem suscitada.²⁰⁰

3.3.2 Voto da Ministra Cármen Lúcia.

De acordo com sua interpretação, entendeu a Ministra Cármen que não há qualquer inconstitucionalidade no caso em debate, levado em consideração que o legislador pátrio tratou de privilegiar os interesses da sociedade, no sentido de que através da Constituição Federal de 1988 já trouxe em sua redação a possibilidade de serem fixados comportamentos específicos impostos ao legislador à depender das condutas praticadas.²⁰¹

Citou, também, em seus fundamentos, os casos em que o ordenamento jurídico penal impõe restrições à determinadas condutas tipificadas, sendo que nem por isso tais normas padecem de inconstitucionalidades.²⁰²

Não vislumbrou ofensa à garantia da individualização das penas praticadas pelos magistrados, tampouco da referida garantia como da sua aplicação constitucional.²⁰³

Pelas razões expostas, denegou a ordem.²⁰⁴

3.3.3 Voto da Ministra Ellen Gracie.

Por sua vez, a Ministra Ellen Gracie traz no corpo de seu voto algumas considerações, sendo elas, primeiramente, o fato de que a norma do artigo 44, *caput*, da Lei 11.343/2006 só confirma uma regra que já é implícita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a vedação da conversão é compatível com o regime fixado para as condutas ditas hediondas e demais equiparados.²⁰⁵

E continua com considerações acerca dos regimes de pena fixados para tais condutas, aduzindo que a Lei 9.714/98, quando da modificação da redação do artigo 44, do Código Penal, onde ocorreu a ampliação dos casos de substituição da pena

200 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 205

201 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 209

202 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 209

203 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 209

204 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 209

205 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 215

privativa de liberdade por restritivas de direitos, naturalmente não adicionou no âmbito do tratamento legislativo referente aos crimes hediondos e equiparados, também, em virtude de que a redação original trazida no artigo 2, parágrafo 1, da Lei 8.072/90, que expressamente contemplava o regime integralmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade.²⁰⁶

Seguindo seu raciocínio, aduz que mesmo com a nova redação do dispositivo retro mencionado, o regime inicial de cumprimento de pena para os condenados por tráfico de drogas continuou sendo o fechado, de modo a comprovar a incompatibilidade da substituição da pena *in casu*.²⁰⁷

E conclui, destacando que a legislação referente ao tráfico de drogas tem caráter especial, sendo impossível, em sua opinião, o magistrado valer-se da aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando da confecção de sentença penal condenatória em que o réu restou incurso nas hipóteses de comercialização de substâncias entorpecentes, motivo pela qual denegou a ordem.²⁰⁸

3.3.4 Voto do Ministro Marco Aurélio.

Embora o posicionamento do referido Ministro seja contrário à aplicação das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, seus argumentos são diversos aos já trazidos ao Plenário.

Em síntese, levantou o seguinte questionamento: Levado em consideração que agentes flagrados na prática do tráfico de drogas respondem a todo o curso da persecução penal encarcerados, como pode a custódia ser simplesmente desconsiderada e descontinuada após a sentença penal condenatória? Em sua convicção, tratou o legislador de optar pelo afastamento da substituição das penas nos casos de tráfico de drogas, sendo que tal opção está em consonância com a opção do legislador constitucional de classificar o tráfico de drogas como inafiançável.²⁰⁹

206 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 215

207 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 215

208 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 215

209 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 218

Considerou, ainda, que as leis especiais surgem no campo da opção político-normativa, tendo em conta a época vivenciada, sendo que essa opção político-normativa também levou o legislador a fixar limites à aplicação da substituição nos crimes dolosos e em outras situações.²¹⁰

Por essas razões, entendeu o Ministro Marco Aurélio que a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, não conflita com a redação da Carta Magna, sendo razoável tal proibição, face as repercussões sociais da prática criminosa, motivos pelos quais denegou a ordem.²¹¹

210 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 219

211 Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus 97.256, 2009, fls. 219

Conclusão.

De acordo com o exposto no presente trabalho, pode-se concluir que, a vedação imposta pelo artigo 44, da Lei 11.343/2006, viola o princípio da individualização das penas, uma vez que tolhe do magistrado a possibilidade de realizar a conversão das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

Dentre o estudo das penas restritivas de direito, observou-se que algumas dessas penas não constituem restrições propriamente ditas de direitos, mas são, lado outro, penas restritivas de liberdade, intituladas de restritivas de direitos.

Nesse toar, restou observado que as penas privativas de liberdade atualmente padecem de eficácia retributiva, ocasionando, muitas vezes, superlotações nos complexos penitenciários brasileiros, de modo que, quase sempre, os apenados cumprem suas penas em condições precárias e subumanas, retornando, não raras vezes, a vida criminosa após o término de cumprimento da reprimenda pena.

Por essas razões, pode-se inferir que as penas restritivas de direitos devem ser consideradas e aplicadas de forma mais constante, objetivando penalizar, de fato, e de forma eficaz, os condenados nos termos da lei de tóxicos, e não só submete-los aos efeitos mencionados do cárcere.

Nesse sentido, foi verificado que a opção da Carta Magna foi a de especificar como reprimenda mais dura a pena privativa de liberdade, uma vez que a liberdade do indivíduo é tida como preferência pela constituição, sendo que nem por isso deixou de ser instituído um sistema de penas alternativas, também consideradas penas punitivas efetivas e eficientes, onde o magistrado deve valer-se do princípio da proporcionalidade para realizar a dosimetria das penas.

Pois bem, acerca da hipótese levantada, verificou-se que, após uma análise dos argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tratou a Constituição Federal de 1988 de impor limites ao crimes definidos como hediondos, quais sejam, a não concessão de fiança, graça e anistia, razão pela qual não se pode admitir a vedação da conversão de pena trazida no corpo da lei de tóxicos, uma vez que a própria Carta Magna não impôs nenhum limite a esta conduta.

Ainda de acordo com os fundamentos dos Ministros, tratou a constituição ainda de definir o caráter imprescritível dos crimes de racismo e ações de grupos

armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o estado democrático, dentre diversas outras vedações e tratamentos diferenciados, razão pela qual não é permitido que uma lei federal trate acerca de vedações sobre as condutas ditas hediondas, uma vez que, como exposto, tratou a constituição de fixar tais proibições.

Restou estabelecido, ainda, que não pode a lei federal tolher do magistrado a possibilidade de realizar a dosimetria da pena de modo que julgue estar fazendo de forma balanceada, pois tal restrição implica em ofensa a garantia de individualização das penas. Se isso é verdade, há ofensa na vedação fixada na lei de tóxicos uma vez que, naturalmente, a norma federal é hierarquicamente inferior à norma constitucional, não podendo a vedação subsistir.

Vislumbrou-se, também, que a matéria da conversão de penas, conforme já restou decidida na questão acerca da progressão de regime, está sujeita ao controle de constitucionalidade, não havendo como o legislador movimentar-se dentro desse espaço.

Por fim, verificou-se que, sendo convalidada a vedação à conversão de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos no que concerne ao tráfico de drogas, existir-se-iam dois pesos e duas medidas para penalizar os agentes criminosos, que por exemplo, cometessem crimes sem grave violência ou ameaça à pessoa, sendo primários e sem que ostentassem maus antecedentes, uma vez que um poderia ter a pena substituída e outro não (penalizado pelo tráfico). Tal vedação, por certo, impossibilitaria o magistrado de diferenciar o pequeno e eventual traficante do traficante de maior porte, o que faria com que houvesse ofensa aos princípios da isonomia, proporcionalidade e também à garantia de individualização das penas.

Dessa forma, restou decidido que a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos fere a garantia da individualização das penas, onde nos ensinamentos do Ministro Ayres Brito, “O núcleo da redação da garantia da individualização da pena não pode ser desconsiderada por ela mesmo. Seu texto não pode nulificar a sua própria semântica”.

Por outro lado, observou-se, também, que não raras vezes o ordenamento jurídico penal impõe restrições à determinadas condutas tipificadas, mas nem por isso tais restrições são consideradas como inconstitucionais.

De igual modo, observou-se que, muito embora a constituição tenha tratado da matéria acerca das reprimendas, tais reprimendas não se restringem ao rol

trazido por aquela, sendo certo que somente há vedação à pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e de caráter cruel, o que significa dizer que, no mais, pode a legislação infraconstitucional tratar também sobre a aplicação das penas.

Foi concluído, então, que a aplicação da conversão das penas privativas de liberdade em restritivas de direitos devem ser realizadas de modo casuístico, uma vez que, embora tenha sido firmado o entendimento de que à vedação prevista no corpo da Lei 11.343/2006 viola o princípio da individualização das penas, vigoram ainda os requisitos previstos em lei para que o condenado possa ter a sua reprimenda substituída. Deve-se ressaltar, ainda, que tais requisitos continuam à ser exigidos de forma cumulativa e dependente, não sendo possível aplicar a substituição mesmo quando somente um dos requisitos não forem alcançados. No caso, se o apelante não for condenado à pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão, se não for reincidente em crime doloso e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Por fim, há de ser mencionado que, ao término da pesquisa, durante o mês de fevereiro do ano corrente, foi expedida pelo Senado Federal o Regulamento de número 5, suspendendo a aplicação e execução de parte do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. Tal aplicação é derivada da execução da norma prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que tem por objetivo tornar *erga omnes* os efeitos de declaração incidental de inconstitucionalidade decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

É reconhecida, então, atualmente, a inconstitucionalidade incidental da vedação da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, onde os efeitos do acórdão do estudo de caso realizado são estendidos a todos os condenados nos termos da conduta delituosa de tráfico de drogas, desde que, como outrora mencionado, preencham os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal. Se isso é verdade, há de ser considerado que as hipóteses do presente estudo foram, novamente, confirmadas, o que significa dizer que, de fato, devem os condenados nos termos da conduta retro mencionada fazerem jus à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que sejam observados os requisitos exigidos por lei.

Referências.

SANTOS, Adriano Alves. Lei de drogas - **Evolução histórica e legislativa no Brasil: As principais leis no Brasil relacionadas as drogas e a evolução até a lei 11.343/2006.** Out. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4818>. Acesso em: 25 mar. 2012.

BRASIL. Lei Nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.**

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **O fracasso da Lei nº 10.409/02.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 265, 29 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4998>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Aspectos penal e processual penal da novíssima Lei Antitóxicos.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 216. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1752>> Acesso em: 25 mar. 2012

CAROLLO, João Carlos. **Sucintos comentários à Lei nº 11.343/2006.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1242, 25 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9213>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

BRASIL. **Constituição Federativa da República do Brasil de 1988.**

BIZZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas : Comentários à Lei n. 11.343/2006.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007. P. IX (prefácio)

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. P. 8

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : parte geral 1**. 15. Ed. São Paulo : Saraiva. 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, volume 1 : parte geral**. 31. Ed – São Paulo : Saraiva, 2010.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. Ed : São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRABETE, Renato Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 1 : parte geral, arts. 1 a 120 do CP**. 27. Ed. – São Paulo : Atlas, 2011.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal: volume 3 – parte geral**. 7 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal, volume 1, parte geral**. – 14. ED – São Paulo : Saraiva, 2010.

MANSSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado – parte geral – vol. 1**. 3. Ed. Rev. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2010.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências**.

FISCHER, Felix. **HC 90.631/SP**, 5. Turma, j. 21.02.2008

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências**.

SOUZA, Moacyr Benedicto de Cf. **A participação da comunidade no tratamento do delinquente**.

JESCHECK. **Rasgos Fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal**, in **La Reforma del Derecho Penal**. Barcelona, 1980.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. P 389.

ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de Direito Penal**. 2. Ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

LEWANDOWSKI, Rel. Ricardo. **HC 91.155/SP**, 1. Turma, j. 21.06.2007

BRASIL, Supremo Tribunal Federal do. **Habeas Corpus 97.256**, 2009.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.**

NUCCI, Guilherme. **Individualização da Pena**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.